法 学 研 究

行政公益诉讼证明责任分配的理论阐释与规则构建

潘剑锋 郑含博

(北京大学 法学院, 北京 100871)

摘 要: 从主观证明责任视角研究行政公益诉讼证明责任分配,存在着适用主体不明确、争论事项不一致、分配对象不相同、研究视角形式化等问题。证明责任分配之规范说理论起源于民事法领域,具有普遍适用的特点。异于私法制度以权利为核心,行政公益诉讼制度以行政职权为逻辑起点。将行政职权与规范说结合进行重述是构建行政公益诉讼证明责任分配理论的当然选择。行政公益诉讼在程序设置上与传统三大诉讼程序不同,其证明责任分配规则必须要作出适当调整才能适应法定的诉前程序。具体来说,检察机关发出检察建议前行政主管机关已经作出的行政职权形成违法的要件事实,由检察机关在诉讼中负担证明责任。

关键词: 行政公益诉讼;规范说;行政职权;证明责任分配

中图分类号:D 915.4 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5919(2022)01-0108-10

由于法律和司法解释没有对行政公益诉讼证明责任分配进行专门规定,这一问题便一直困扰理论界和实务界。有学者在研究这一问题时,不清楚证明责任的适用前提是法庭辩论终结时要件事实处于真伪不明状态,更没有将证明责任分配当作一项裁判规则,存在着法院负担证明责任、在实体法领域和诉讼法领域混合讨论证明责任分配、分配对象不统一便讨论证明责任分配、以及从主观证明责任视角研究证明责任等错误认识。但是,多数学者在研究中也形成了初步共识,即行政公益诉讼证明责任分配同行政诉讼证明责任分配密切相关,后者的研究又大量借鉴了民事诉讼证明责任分配研究成果。① "民事诉讼中的证明责任分配学说,是建立在权利形成的事实和权利消灭的事实之间的区别上的。"②行政公益诉讼本质上是检察机关检察权和行政主管机关行政权之间的争议,其证明责任分配不可能像民事诉讼那样以权利为中心,而应当以权力为焦点。因此,本文不仅回应当下行政公益诉讼证明责任分配研究中存在的缺陷,还合理聚焦以下问题:即民事纠纷和公益纠纷是两种不同的纠纷,依据民事权利特点构建起来的规范说是否具有普遍适用性? 规范说如何与行政职权结合进行重述才能适应行政公益诉讼? 行政公益诉讼二阶化的程序设置对行政公益诉讼证明责任分配有哪些影响?

一、行政公益诉讼证明责任分配研究中存在的问题

行政公益诉讼证明责任分配③是指法庭辩论终结时,实体法领域要件事实处于真伪不明状态,法院按照法律规定,将预先设置好的败诉不利后果在当事人之间分配的制度。在法律和司法解释没有对行

收稿日期:2021-09-07

作者简介:潘剑锋,男,福建建瓯人,北京大学法学院教授。

基金项目:中国法学会 2019 年度部级法学研究重点委托课题"公益诉讼问题"(项目编号:CLS[2019]ZDWT18)。

① 朱新力:《行政诉讼客观证明责任的分配研究》,《中国法学》2005 年第 2 期,第 69—72 页;邓刚宏:《行政诉讼举证责任分配的逻辑及其制度构建》,《政治与法律》2017 年第 3 期,第 133—141 页。

② 莱奥·罗森贝克:《证明责任论》,庄敬华译,北京:中国法制出版社 2002 年版,第 36 页。

③ 本文讨论的行政公益诉讼证明责任分配问题,仅限于造成实际损害的行政公益诉讼案件。

政公益诉讼证明责任分配作出明确规定的情况下,无论是实务界还是理论界,因为没有正确理解证明责任分配的本质,对这个问题都或多或少存在一定认识缺陷,具体包括适用主体不明确、争论事项不一致、分配对象不相同和研究视角形式化。以上认识缺陷不仅无助于理论界和实务界正确理解行政公益诉讼证明责任分配,还不利于行政公益诉讼证明责任分配司法实践的统一。

(一)适用主体不明确

有学者认为,不仅检察机关和行政主管机关在诉讼中应当负担举证责任,而且法院在诉讼中也应当负担一定的举证责任,即"审判机关委托第三方机构对'公益受损情况及是否与行政行为之间存在因果关系'作出评估意见,并综合双方提供的有关证据和质证情况作出判断"。① 证明责任理论表明,证明责任关乎的是法庭辩论终结时,因要件事实居于真伪不明情形,攻防双方所承担的败诉风险问题。行政公益诉讼中,检察机关和行政主管机关争执的焦点是行政主管机关有无依法履职和特定公共利益是否受损。检察机关和行政主管机关为了得到法院支持,都会提供相应证据以防止败诉,法院则根据检察机关和行政主管机关的诉求、答辩、提交的证据、质证、辩论等环节进行证据认证和事实认定,并依据相应的实体法规范进行裁判。法院在诉讼中是检察机关和行政主管机关争执事项的裁判主体,既没有负责提供证据进行说明的义务②,也没有因要件事实真伪不明承担败诉不利后果的可能。因此行政公益诉讼证明责任的适用主体是攻防双方,而不是法院,法院不负担任何证明责任。

(二)争论事项不一致

一些学者研究行政公益诉讼证明责任分配问题时,往往不加区分实体性事项和程序性事项。例如,有学者认为,检察机关应当对履行诉前程序事项进行证明。③ 出现这种现象的原因可能是最高人民法院和最高人民检察院单独或联合出台的司法解释、司法解释性质文件、司法规范性文件都在检察机关提起行政公益诉讼的起诉条件和提交材料中,对实体性事项和程序性事项不加区分地一并加以规定。按照证明责任理论,证明责任能同时适用于实体法领域和诉讼法领域④,但是法院只有查明程序性事项后,才会对实体法要件事实进行判断,这时才可能涉及要件事实真伪不明问题。程序性事项不符合法定条件,法院会作出不予受理或驳回起诉的裁定,而不是实体法判决。可见,诉讼法上的证明责任问题和实体法上的证明责任问题,不是一个层次的问题,不应该放在一起进行研究。因此,如无特别说明,通常情况下证明责任只限于实体法领域的讨论。

(三)分配对象不相同

证明责任分配的对象是实体法上的要件事实,而不是其他事实,所以研究证明责任分配的前提是明确要件事实有哪些。如果证明责任分配的对象——要件事实不够清晰明确,证明责任分配便无法达成统一性认识。例如,在实体法领域特定公共利益受到侵害的要件事实上,有学者认为检察机关不需要在诉讼中对行政主管机关收到检察建议后的特定公共利益受损事实进行证明,只需证明检察建议得以成立的特定公共利益受损事实⑤,但相当一部分学者只是提出检察机关要对特定公共利益受到侵害的事实进行举证,没有进一步说明是证明检察机关发出检察建议前的特定公共利益受损事实,还是证明行政

---

① 金涛、吴如巧:《检察行政公益诉讼制度的公正性检视》,《重庆大学学报(社会科学版)》2020 年第 4 期,第 193—194 页。

② 例外的是,根据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》(法释[2002]21 号)第 22 条的规定,在涉及国家利益、公共利益、他人合法权益、程序性事项时,法院需要依据职权调取证据。以上证据由法庭出示,并就调取证据的情况进行说明,听取双方意见。

③ 章剑生:《论行政公益诉讼的证明责任及其分配》,《浙江社会科学》2020 年第 1 期,第 57 页。

④ 普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,北京:法律出版社 2006 年版,第 58 页。

⑤ 葛先园:《我国行政公益诉讼举证责任分配问题探讨》,《山东科技大学学报(社会科学版)》2019 年第 1 期,第 55—57 页。

主管机关收到检察建议后的特定公共利益受损事实,或是这两个阶段的特定公共利益受损事实都需要证明。要件事实的不明确,也对实务工作产生了影响。例如,在辽宁省丹东市振兴区人民检察院诉丹东市国土资源局不作为案中,检察机关在诉讼中对向被告发出检察建议前和被告收到检察建议后,不履职和不完全履职致使国家财政利益受到侵害的事实都进行了举证。① 在贵州省贵阳市乌当区人民检察院诉乌当区东风镇人民政府不作为案中,检察机关只对发出检察建议前,行政主管机关不履职引发环境污染的事实进行举证,并没有对行政主管机关收到检察建议后不完全履职导致环境污染的事实进行举证。在贵州省黔东南苗族侗族自治州锦屏县人民检察院诉锦屏县环境保护局不作为案中,检察机关仅对行政主管机关收到检察建议后,因怠于履职引发环境污染的事实进行举证。②

(四)研究视角形式化

法律和司法解释没有对行政公益诉讼证明责任分配问题进行规定,部分学者从主观证明责任视角,即提供证据的角度来研究证明责任分配问题。例如,有学者认为,行政公益诉讼本质上仍然是针对行政主管机关违法作为和不作为进行的司法监督和法律救济。行政机关做出行政行为必须有充分的事实依据以及证明该事实的证据,因此不应该突破行政诉讼中"举证责任倒置"的举证模式,行政主管机关对行政行为合法性负有举证责任,应当提供行政行为合法性的证据③,检察机关则对行政主管机关不依法履职侵害国家利益和社会公共利益的事实提供(初步)证据材料。④ 有学者认为,检察机关由于调查取证能力强,已经突破了行政私益诉讼中原告弱势的困境,所以检察机关应当对行政主管机关违法作为或不作为,国家和社会公共利益受损的事实负担举证责任。⑤ 另有学者根据行政公益诉讼案件具体类型,分别对作为类、不作为类、不完全作为类案件设置举证责任分配规则。⑥ 还有学者虽然认识到客观证明责任是证明责任的本质,但是仍然从主观证明责任视角分配具体要件事实。⑦ 主观证明责任的最大缺陷在于攻防双方提出的权利主张可能最终指向同一要件事实,如果法院在法庭辩论终结时仍然无法查清这一要件事实,就无法判定哪方当事人承担败诉的不利后果。在诉讼中,事实问题的真假不明不意味着法律问题也真假不明。普维庭认为客观证明责任是当事人所提出的支持或者消灭请求权的事实,在诉讼终止时处于真伪不明的情况下,法院如何按照法律的预先设置在当事人之间分配真伪不明所带来的风险问题。⑧ 客观证明责任理论是法律适用理论的一部分,是现代证明责任理论的核心。"证明责任的核心不是对当事人诉讼活动的压力,而是指示法官,在重要的事实主张没有得到证明情况下,如何决定其判决的内容。"⑨

理论界和实务界在行政公益诉讼证明责任分配过程中遇到的问题是否意味着法院有可能在当事人之间合理分配证明责任?对于法院能否在个案中自由裁量证明责任分配的问题,行政法学界已经有学者指出法官(法院,笔者注)自由裁量会破坏客观证明责任的制度功能,还有违实体法,只有事先明确的

① 最高人民检察院第八检察厅编:《行政公益诉讼典型案例实务指引》(食品药品安全·国有财产保护·国有土地使用权出让等领域),北京:中国检察出版社 2019 年版,第 301 页。

② 最高人民检察院第八检察厅编:《行政公益诉讼典型案例实务指引》(生态环境·资源保护领域)(上册),北京:中国检察出版社 2019 年版,第 424—454 页。

③ 徐全兵:《检察机关提起公益诉讼有关问题》,《国家检察官学院学报》2016 年第 3 期,第 170 页。

④ 曹明德:《检察院提起公益诉讼面临的困境和推进方向》,《法学评论》2020 年第 1 期,第 124 页。

⑤ 郑新俭:《检察机关提起公益诉讼的若干问题》,《人民检察》2016 年第 20 期,第 25 页。

⑥ 孔祥稳、王玎、余积明:《检察机关提起行政公益诉讼试点工作调研报告》,《行政法学研究》2017 年第 5 期,第 96 页。

⑦ 章剑生:《论行政公益诉讼的证明责任及其分配》,《浙江社会科学》2020 年第 1 期,第 55—58 页。

⑧ 普维庭:《现代证明责任问题》,译序第 2—3 页。

⑨ 莱奥·罗森贝克:《证明责任论》,第 83 页。

规则才能保障证明责任分配制度功能的合法实现。① 本文同意这种观点,有规律的证明责任分配,是法安定性的前提条件。此外,我国法官素质虽然较以往有所提高,但是法官素质良莠不齐仍然在短期内难以改变,允许法院在诉讼中分配证明责任可能引发裁判混乱,那种认为法院可以在诉讼中分配证明责任的做法并不可取。② 值得借鉴的是,我国民事诉讼也经历了从法院可以自由裁量证明责任分配,到禁止法院自由裁量证明责任分配的转变。因此,如何设置科学合理的行政公益诉讼证明责任分配规则,指导法院在法庭辩论终结时,要件事实处于真伪不明情形下,将败诉的不利后果分配给一方当事人,是理论界必须要回答的问题。

二、规范说与行政公益诉讼的结合

行政公益诉讼证明责任分配之所以在研究过程中出现诸多问题,主要是因为缺乏理论支撑。理论的缺失并不必然妨碍我们找到解决问题的方案,通过从既有制度或相近制度对应理论中寻找灵感,尤其是那些已经被理论界和实务界广为接受的理论学说,或许能够帮助我们找到解决问题的思路。证明责任号称“民事诉讼的脊梁”,百余年来,民事诉讼证明责任分配研究成果一直层出不穷,其中最有影响力的莫过于德国学者罗森贝克提出的规范说。虽然罗森贝克的规范说理论要求法官在分配证明责任的时候不得斟酌任何实质性考量,被诸多后继学说所批判,但规范说作为民事诉讼证明责任分配基础性学说的地位,在大陆法系国家和地区依然不可动摇。③ 鉴于规范说理论已经成为我国民事诉讼证明责任分配的理论根据④,并为部分行政法学者所提倡⑤,本文的研究也以规范说理论为基础。

(一)规范说的本质

要想让有利于己方提出的法律规范得以适用,就必须使法律规范的构成要件得到证明。如果当事人提出了有利于己方的法律规范,但法律规范的构成要件无法证成或者真伪不明,就可能会败诉。至于哪些法规范对当事人有利,需要以法秩序的体系结构为基础进行判断。罗森贝克认为,对法规范,至少是对民法规范的观察表明,相同的法规范部分互相补充和支持,部分则互相抵触。如果一个法秩序想要调整我们的生活关系,就可以将通常情况作为问题的出发点并确定其法律后果,将其他新增加的要素作为特殊情况,产生新的法律后果,并可以消除通常情况下法规范的效力。根据罗森贝克的分类,基本规范是权利形成规范,相对规范是权利妨碍规范、权利消灭规范和权利排除规范。⑥ 基本规范与相对规范是相互对抗的。

民事法律体系是以这种对抗关系构建起来的法规范体系。在诉讼中,双方当事人分别依据自己的权利主张,提出权利主张所依据的法律规范进行辩论。需要注意的是,法规范之间的关系是相对的,法规范可能在一个诉讼中是基本规范,在另一个诉讼中是相对规范。不同基本规范与相对规范之间的对抗,就构成了民事诉讼的基本结构,每一个主张法律规范效果有利于己方的当事人,都必须对适用法规范的要件事实进行证明。

证明责任规范有指引当事人提供证据的功能,但更重要的是,证明责任规范是法院在法庭辩论终结时,要件事实处于真伪不明情况下裁判的依据。也就是说,证明责任规范首先是法院的裁判规范,其次

---

① 江必新、徐庭祥:《行政诉讼客观证明责任分配的基本规则》,《中外法学》2019 年第 4 期,第 916 页。

② 章剑生:《论行政公益诉讼的证明责任及其分配》,《浙江社会科学》2020 年第 1 期,第 56 页。

③ 许可:《民事审判方法——要件事实引论》,北京:法律出版社 2009 年版,第 65—70 页。

④ 沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用(上)》,北京:人民法院出版社 2015 年版,第 313—317 页。

⑤ 马立群:《德国行政诉讼证据调查与客观证明责任的分配规则——兼评对我国的借鉴价值》,《比较法研究》2020 年第 5 期,第 154—163 页。

⑥ 莱奥·罗森贝克:《证明责任论》,第 105—107 页。

才是指引当事人提供证据的规范。罗森贝克的继承者普维庭在规范说的基础上,丰富完善了该学说,具体表述为,“如果法官对一个权利形成要件真伪不明,那么请求权人承担不利后果。如果法官对一个权利妨碍要件,权利阻碍要件或者权利消灭要件的事实真伪不明,那么由请求权人的对方当事人承担不利后果”。① 本文认为,虽然以上规范说的表述以民事权利的形成、妨碍、排除、消灭为依据,但不应只将规范说理解成民事诉讼证明责任分配理论。规范说的本质应当表述为:任何一方当事人都应当对主张适用有利于己方的法律规范成立的要件事实负担证明责任。

(二)规范说的优势

规范说正确揭示了诉讼中当事人之间权利对抗最终依赖的是有利于己方的法律规范能否得以适用。因此明确法律规范对哪方当事人有利,便成为规范说能否成立的关键。规范说以关注法律规范对抗体系为基点,将法律规范分为基本规范和相对规范,并提出当事人对有利于己方的法律规范成立的要件事实负担证明责任,使规范说成为民事诉讼证明责任分配的基础性学说。具体来说,规范说有以下三点优势。

第一,确定性。规范说将证明责任分配方法从主观提供证据领域转移到了客观实体法领域,并通过不同法律规范之间的相互对抗,将法律规范分为权利形成规范、权利妨碍规范、权利排除规范和权利消灭规范。只要将当事人之间争议的要件事实正确归入以上法律规范,并以法律规范对哪方当事人有利为依据,由当事人对主张适用有利于己方法律规范成立的要件事实负担证明责任,证明责任的分配结果必然确定且唯一。

第二,合理性。证明责任是法院在法庭辩论终结时,因要件事实处于真伪不明状态下,不得不采用的一种裁判规则,证明责任分配就是将败诉不利后果在当事人之间分配的制度。依据诉讼原理,胜诉的前提是所适用的法律规范成立的要件事实得到证明。规范说理论从反面揭示了胜诉的前提,与胜诉理论相契合,具有合理性。

第三,普适性。规范说作为一种证明责任分配方法,指明分配证明责任应当依据实体法规范之间的对抗关系。也就是说,在任何部门法领域,只要能通过实体法的对抗体系结构,将实体法规范划分为基本规范和相对规范,原则上都可以适用规范说对证明责任进行分配。规范说因为其确定性、合理性和普适性的理论优势,使其成为许多大陆法系国家和地区行政诉讼证明责任分配的通说。

行政公益诉讼中,我国也有学者不自觉地提出了依据规范说理论方能得出的证明责任分配规则,但是这种分配理由在解释上很难与规范说相比。例如,有学者认为,行政公益诉讼中,行政主管机关应当对行政行为的合法性承担证明责任,原因是行政主管机关做出行政行为需要有依据。② 而按照规范说的理解,行政职权已经作出,行政职权形成的法律规范对行政主管机关有利,因此行政主管机关需要对行政职权形成的法律规范的要件事实负担证明责任。相较而言,那些认为检察机关证明能力强,改变行政私益诉讼原告举证能力弱的困境③;以及为了防止检察机关恣意行使权力④提起行政公益诉讼,而应当由检察机关负担证明责任的理由则显得难以判断。如何判断检察机关举证能力强?如何判断检察机关有无肆意提起行政公益诉讼?这些学者并没有给出具体标准。可见根据上述分配证明责任的理由,无法得出统一、清晰明确的证明责任分配规则。

(三)规范说理论无法直接适用于行政公益诉讼

以法律规范之间相互对抗关系为逻辑起点的规范说,不仅适用于民事诉讼领域,还可能适用于

---

① 普维庭:《现代证明责任问题》,第 235—236 页。

② 徐全兵:《检察机关提起公益诉讼有关问题》,《国家检察官学院学报》2016 年第 3 期,第 170 页。

③ 郑新俭:《检察机关提起公益诉讼的若干问题》,《人民检察》2016 年第 20 期,第 25 页。

④ 傅国云:《行政公诉的法理与制度构建——一个法律监督的视角》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2007 年第 2 期,第 49 页。

行政公益诉讼领域。然而,民事诉讼领域规范说以权利为基点,这与以公权力为核心的行政公益诉讼领域截然不同。本文认为,以权利为基点构建起来的规范说在行政公益诉讼中至少会产生两大问题,使得民事诉讼证明责任分配之规范说理论无法直接适用于行政公益诉讼证明责任分配规则的构建。

首先是当事人行使权利(力)方式的重要性不同。在私法领域,只要法律或当事人没有对当事人行使权利的方式进行明确规定或约定,当事人就可以以任意方式行使权利。在诉讼中,除非有法律规定或约定,当事人也无须就行使权利的方式加以证明。但是在公法领域,无论是行政主管机关的行政权,还是检察机关的检察权,都必须依法定的程序行使。如果行政主管机关和检察机关不依照法律规定的程序行使公权力,就可能因违法而使得行为归于无效。因此在诉讼中,是否遵守相应的法定程序行使公权力也会成为攻防双方争辩的问题。

其次是双方当事人为证明自身行为合法所依据的权利(力)属性不同。这个问题应当从两个角度来理解,其一是权利与权力不同。民事诉讼领域,原被告不仅可以互换,被告也可以在符合法定条件的情况下,在诉讼中提出反诉,成为反诉的原告。这是因为民事诉讼中原被告双方证明其民事行为合法所依据的权利属性是一致的,都是法律规定或者当事人约定的私权利。行政公益诉讼是检察机关在特定的公益保护领域、督促负有监督管理职责的行政机关依法行政以保护特定公共利益的诉讼。也就是说,行政公益诉讼是检察权监督行政权的单向诉讼,行政主管机关在诉讼中是恒定的被告。其二是检察机关的检察权和行政主管机关的行政权是两种不同的公权力。按照民事诉讼规范说的说法,在诉讼中由一方对权利形成规范的要件事实负担证明责任,另一方对权利妨碍规范、权利排除规范、权利消灭规范的要件事实负担证明责任。这种权利与权利之间的对抗,属于私权争议范畴。行政公益诉讼中攻防双方为证明自身行为合法所依据的权力属性并不相同,检察机关依据的是检察权,行政主管机关依据的是行政权。行政公益诉讼对抗关系中,经常出现的情形是:检察机关提出证据证明在特定的公益保护领域,行政主管机关没有依法履职,行政主管机关则提出证据证明其依法行使职权、履行职责。例如,在内蒙古自治区锡林郭勒盟正蓝旗人民检察院诉正蓝旗生态保护局不作为案中,正蓝旗人民检察院和正蓝旗生态保护局均对正蓝旗生态环保局收到检察建议前有无完全履职,以及正蓝旗生态保护局收到检察建议后、提起诉讼前有无完全履职进行举证。① 又如,在贵州省铜仁市德江县人民检察院诉德江县国土资源局不作为案中,德江县人民检察院和德江县国土资源局均对发出检察建议前德江县国土资源局有无违法作为和不作为,德江县国土资源局收到检察建议后、提起诉讼前是否依法履职进行举证。② 以上案例表明,对同一法律规范成立的要件事实,检察机关和行政主管机关都进行了证明。问题是,如果以上法律规范成立的要件事实,在法庭辩论终结时依然处于真伪不明情形,是由检察机关承担败诉不利后果?还是由行政主管机关承担败诉不利后果?答案显然不甚明了。

(四)行政公益诉讼证明责任分配应当以行政职权规范为核心

民事诉讼中,证明责任分配以权利规范为核心。无论是主张权利形成的当事人,还是主张权利妨碍、排除、消灭的当事人,都会援引相应的法律规范,所以实体法规范成为民事诉讼证明责任分配最重要的法律规范。行政公益诉讼中,行政主管机关为了表明自己不存在违法行使职权或者怠于履职问题,一定会援引大量的行政职权规范进行证明。检察机关为了表明自己监督得当,行政主管机关存在违法作为或不作为问题,也会依据行政职权规范进行证明。这说明在行政公益诉讼证明责任分配问题上,行政

---

① 最高人民检察院第八检察厅编:《行政公益诉讼典型案例实务指引》(生态环境·资源保护领域)(下册),北京:中国检察出版社 2019 年版,第 649—651 页。

② 最高人民检察院第八检察厅编:《行政公益诉讼典型案例实务指引》(食品药品安全·国有财产保护·国有土地使用权出让等领域),第 354—360 页。

职权规范是最为重要的法律规范。行政公益诉讼中,检察机关要想监督得当,不仅需要程序上的监督职权规范得以成立,还需要行政主管机关违反行政职权规范的规定,并造成特定领域内的公共利益受损。也就是说,检察机关判定行政主管机关有无违法作为或不作为的主要判定依据是行政职权规范,而不是监督职权规范。

如何根据行政法规范对抗体系结构,重新划分哪些行政法规范对检察机关和行政主管机关有利,便成为规范说在行政公益诉讼领域的具体表现。根据行政法学者的分类,我国行政法规范存在行政职权形成规范、行政职权妨碍规范、行政职权消灭规范和行政职权排除规范。行政职权形成规范是指在何种条件下一项行政职权或行政法律关系得以产生的规范。行政职权妨碍规范是与将要形成的职权之法律效果相互对抗,在职权还没有形成之前就妨碍其产生的规范。行政职权消灭规范是指行政职权产生后,将已经生效的行政职权予以消灭的规范。行政职权排除规范是指主张者通过主张形成权,排除职权对其行使的规范。① 行政诉讼中,原告的诉讼请求能否得到法院支持,取决于行政主管机关有无违法作为或不作为。行政公益诉讼中,检察机关督促行政主管机关依法行政以保护特定公共利益能否成立,取决于行政主管机关有无违法作为或不作为。可见,在行政诉讼领域和行政公益诉讼领域,攻防双方对抗的焦点都包括行政主管机关是否依法履职,因此上述行政法规范的分类同样适用于行政公益诉讼。

基于规范说在民事诉讼领域的表述,以及规范说视角下行政法规范的分类,行政职权形成、妨碍、排除和消灭的要件事实的理想分配规则应当是:在法庭辩论终结时,如果行政职权形成的要件事实处于真伪不明状态,那么法院判决主张行使行政职权的一方承担败诉不利后果。如果行政职权妨碍的要件事实、行政职权排除的要件事实或者行政职权消灭的要件事实处于真伪不明情形,那么法院判决主张行使行政职权的相对方承担败诉不利后果。

三、二阶化的程序设置与行政公益诉讼证明责任分配

本文讨论的是实体法层面的证明责任分配问题,不是诉讼法层面的证明责任分配问题,但是程序设置确有可能对证明责任分配产生实质性影响。行政公益诉讼由诉前程序和诉讼程序组成,连接诉前程序和诉讼程序的重要法律文书是行政公益诉讼检察建议。检察建议是检察机关行使法定职权的表现形式,制发必须有事实依据和法律依据,检察机关只有明确行政主管机关违法行使职权或不行使职权,造成特定公共利益受损,才能选择制发检察建议。也就是说行政主管机关违法作为情况下,检察机关应当在发出检察建议前就清楚行政职权形成违法的要件事实存在,而不应等到诉讼中再由法院予以查明,这必然会对证明责任分配产生一定影响。诉前程序结束后至诉讼程序阶段,无论是行政主管机关履职问题还是特定公共利益保护问题,都是需要查明的问题。因此,行政主管机关收到检察建议后,行政主管机关依法履职,自身是行政职权形成的主张者,应当对行政职权形成的要件事实负担证明责任。行政主管机关不依法履职,检察机关是行政职权形成的主张者,应当对行政职权形成的要件事实负担证明责任。特定公共利益受损扩大、得到部分保护或完全保护,应当由主张对其有利的一方负担特定公共利益受损扩大、得到部分保护或完全保护的要件事实的证明责任。

(一)诉前程序对证明责任分配的影响

行政公益诉讼诉前程序的目的是检察机关通过非诉讼方式,监督行政主管机关依法履职以保护特定公共利益,提起诉讼则是因为非诉讼监督方式无法实现上述目的,检察机关通过起诉,请求法院判定行政主管机关依法履职以实现特定公益保护。行政公益诉讼诉前检察建议,不仅是检察机关提起诉讼的程序性前置条件,也是检察机关诉讼请求的依据。只有确定行政主管机关违法行使职权或不行使职

① 江必新、徐庭祥:《行政诉讼客观证明责任分配的基本规则》,《中外法学》2019 年第 4 期,第 924—925 页。

权,造成特定领域内的公共利益受损,并据此提出诉前检察建议,才能在行政主管机关不按照检察建议的建议事项依法履职的情况下,提出具体的诉讼请求。如果发出的检察建议无法确定行政主管机关有无违法行使职权或者不行使职权,那么检察建议就可能没有根据。正因如此,检察机关在办案过程中,无一不在发出检察建议前,通过调查取证判断行政主管机关有无违法行使职权或不行使职权。① 按照理想化的行政职权形成、妨碍、排除和消灭的要件事实分配规则,检察建议发出前行政主管机关拒绝做出行政职权,而检察机关认为行政职权形成的要件事实存在,应当由检察机关在诉讼中对行政职权形成的要件事实负担证明责任。行政主管机关做出某种行政职权,应当由行政主管机关在诉讼中对行政职权形成的要件事实负担证明责任。但是实际上,检察机关在诉前程序阶段发出检察建议前,就必须明确行政主管机关有违法行使职权或不行使职权的情形,原因有二。

第一,使检察建议终结案件程序具有正当性。虽然检察建议没有强制性,但是只要行政主管机关按照检察建议的建议事项依法履职,检察机关将不再提起行政公益诉讼,此时检察建议就有着实体处理的功能。检察权作为一项程序权,能否对实体性问题进行判断,还有待探讨。但是,如果检察机关发出检察建议时,无法判断行政主管机关有无违法作为或不作为,检察建议的正当性便无法确定,那又如何能够督促行政主管机关依法行政以保护特定公共利益?甚至引发终结案件的法律效果?

第二,防止诉前程序被弱化甚至虚化。“把诉前实现维护公益目的作为最佳状态。检察机关诉前发出公告或检察建议,促使有关主体提起诉讼、行政机关依法履职,不仅能够及时保护公益,而且能够以最少司法投入获得最佳社会效果。”②行政公益诉讼诉前程序的功能是检察机关通过非诉讼方式督促行政主管机关依法行政以保护特定公共利益。如果检察机关发出检察建议前不清楚行政主管机关有无违法行使职权或不行使职权,那么发出的检察建议就很可能缺乏法律根据,从而导致大量的行政公益诉讼案件不得不进入诉讼程序。虽然行政主管机关可以在诉讼中通过证明行政主管机关收到检察建议前作出的行政职权合法的要件事实存在,使行政职权形成规范得以成立,从而获得法院支持其依法履职以保护特定公共利益的主张,但却会产生浪费司法资源,弱化甚至虚化诉前程序功能的后果。

(二)行政公益诉讼证明责任分配的具体展开

如果行政主管机关违法行使职权或不行使职权没有对特定公共利益造成实质侵害,检察机关可以通过检察建议对行政执法活动予以纠正,无须采用诉讼方式进行监督。③ 如前所述,检察机关必须确信发出检察建议前行政主管机关违法行使职权或不行使职权,并造成特定公共利益受损,只有这样,检察机关发出的检察建议才具有正当性。也就是说,检察机关发出检察建议前,行政主管机关做出行政职权,因为诉前程序的设置,不再由行政主管机关对行政职权形成的要件事实负担证明责任,改由检察机关对行政职权形成违法的要件事实负担证明责任,行政主管机关对行政职权形成违法的相对规范成立的要件事实负担证明责任。如果行政主管机关没有行使行政职权,检察机关是行政职权形成的主张者,应当由检察机关对行政职权形成的要件事实负担证明责任,行政主管机关对行政职权形成的相对规范成立的要件事实负担证明责任。检察机关还应当对特定公共利益受损的要件事实负担证明责任。为保证检察建议正当性的实现,需要在程序上作出一定设置。本文认为,行政主管机关必须在检察机关发出检察建议前,对已经作出的行政职权形成的要件事实向检察机关作出说明,并提供相应证据,未向检察机关提供的证据,不得在诉讼中提出,以保证检察建议具有正

① 《检察机关行政公益诉讼案件办案指南(试行)》;《人民检察院公益诉讼办案规则》第71—74条。

② 《最高人民检察院工作报告》(2020年)。

③ 刘艺:《检察公益诉讼的司法实践与理论探索》,《国家检察官学院学报》2017年第2期,第14—15页。

当性。

行政主管机关收到检察建议后是否依法履职和特定公共利益的受损状况,本文认为,只要行政主管机关行使职权,就应当对行政职权形成的要件事实负担证明责任。具体来说,包括两种情况:通常情况下行政主管机关都会按照检察建议的建议事项,行使职权以保护特定公共利益;例外情况下行政主管机关不顾检察建议的建议事项,反而作出其他违法行为。① 无论哪种情况,行政主管机关收到检察建议后做出行政职权,自身是行政职权形成的主张者,应当对行政职权形成的要件事实负担证明责任,检察机关对行政职权形成的相对规范成立的要件事实负担证明责任。如果行政主管机关没有行使行政职权,检察机关此时是行政职权形成的主张者,由检察机关对行政职权形成的要件事实负担证明责任,行政主管机关对行政职权形成的相对规范成立的要件事实负担证明责任。行政主管机关不按照检察建议的建议事项进行履职,造成特定公共利益受损扩大,检察机关应当对特定公共利益受损扩大的要件事实负担证明责任。行政主管机关按照检察建议的建议事项进行部分履职或完全履职使得特定公共利益得到部分保护或完全保护,行政主管机关应当对特定公共利益得到部分保护或完全保护的要件事实负担证明责任。

以上要件事实在法庭辩论终结时,仍然处于真伪不明情况,法院将判决由负担证明责任的一方当事人承担败诉的不利后果。实践中,已有检察机关和行政主管机关按照本文提出的行政公益诉讼证明责任分配规则,提供证据进行举证的案例。例如,在咸丰县人民检察院诉咸丰县城市管理执法局环境污染案中,咸丰县人民检察院共向法院提交了三组证据,第一组证据和第二组证据,对咸丰县城市规划区内的城市市容和环境卫生管理负有法定监督管理职责的咸丰县城市管理执法局因不行使职权,导致位于高乐山某组的咸国用地(2004)第 0508017 号土地上堆放大量垃圾和固体废弃物,并造成环境污染加以证明。第三组证据证明咸丰县城市管理执法局经过检察建议督促后仍然未能依法全面履职,环境污染持续存在。咸丰县城市管理执法局向法院提交了两组证据,以证明其在收到检察建议后,积极履行法定职责,现场堆放废品已经陆续被清理。② 在辩论主义模式下,当事人以证明责任分配规则为准则提供相应证据。司法实践中,行政公益诉讼的攻防双方都是公权力机关,法院依据职权主动调查收集证据的情形非常罕见,行政公益诉讼的攻防转换实际上与民事诉讼辩论主义模式下的攻防转换非常相似。因此,上述案例中行政主管机关和检察机关提供证据进行证明,可以看作是按照行政公益诉讼证明责任分配展开的诉讼行为。

四、结　语

本文在民事诉讼领域规范说本质的基础上,通过研究行政公益诉讼检察机关和行政主管机关之间的对抗,提出构建以行政职权规范为中心的行政公益诉讼证明责任分配体系。由于诉前程序这一特殊司法程序的设立,使得理想化的行政职权形成、妨碍、排除和消灭的要件事实分配规则无法在实践中得以维系。检察机关发出检察建议前行政主管机关已经作出的行政职权形成违法的要件事实,由检察机关在诉讼中负担证明责任。鉴于客观证明责任的本质尚未被理论界和实务界广泛理解并接受,为了使前述已经过实践检验的行政公益诉讼证明责任分配规则能在实践中得以运行,有必要经立法或司法解释予以明确。此外,还需要一系列配套制度的构建,例如赋予检察机关调查核实权以一定的强制性,以此确保检察机关能够负担因诉前程序设置而加重的证明责任,同时也应当赋予被调查对象以一定的救济权利,以防止检察机关滥用调查核实权。至于在立法时,通过注重行政实体法对抗结构而更加明确表

① 最高人民检察院第八检察厅编:《行政公益诉讼典型案例实务指引》(生态环境·资源保护领域)(上册),第 283 页。

② 湖北省咸丰县人民法院(2019)鄂行初字第 84 号行政判决书。

明规范与规范之间的对抗关系,更加清晰表明不同规范的效力类型,更是一项任重道远的任务。总之,为了使行政公益诉讼证明责任分配不再是一个问题,需要理论界的持续探索、实务界的反复检验和立法上的及时明确。

Burden of Proof in Administrative Public Interest Litigation

Pan Jianfeng, Zheng Hanbo

(*School of Law*, *Peking University*, *Beijing* 100871, *China*)

Abstract: Laws and their judicial interpretations do not stipulate the distribution of burden of proof in administrative public interest litigation. This problem can be studied from two perspectives: subjective burden of proof and objective burden of proof. In the research on the distribution of burden of proof in administrative public interest litigation from the perspective of subjective burden of proof, there are some problems, such as ambiguity of applicable subjects, inconsistency of debate issues, unconformity of distribution objects and formalization of research perspective. The essence of burden of proof is objective burden of proof. Specifically, it refers to the system in which the court distributes the pre-set adverse consequences of losing a lawsuit among the parties when the truth of the essential facts in the field of substantive law is unclear at the end of the court debate. The norm of burden of proof is the judgment criterion of the court first and then the norm of guiding the parties to provide evidence. The Normative Theory on the distribution of burden of proof was originated from the domain of the civil law, centering on the formation, exclusion, obstruction and elimination of civil rights, and dividing civil legal norms into basic norms and relative norms, which has the characteristic of universal application. Being different from the system of the private law which regards rights as the core, the system of administrative public interest litigation takes administrative authority as the logical starting point. In order to construct the theory of the distribution of burden of proof in administrative public interest litigation, it is an inevitable choice to make a restatement with the combination of the administrative authority and the Normative Theory. In its setting, administrative public interest litigation differs from the three traditional litigation procedures, so the rules concerning the distribution of burden of proof must be readjusted so as to be adapted to the legal pre-litigation procedures. Specifically speaking, the procuratorial organ should bear the burden of proof in litigation, by proving that the administrative authorities have made illegal administrative functions before they issue procuratorial recommendations.

Key words: administrative public interest litigation; normative theory; administrative authority; distribution of burden of proof

(责任编辑　　郭昌盛)